

Sygn. akt: KIO 2423/18

WYROK
z dnia 17 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Niewojt sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach przy ul. 11 Listopada 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. J.P. Woronicza 17;**

przy udziale wykonawcy **4Visions sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Kosiarzy 20A**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. J.P. Woronicza 17 - w ramach Części I:**
 - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej za którą została uznana oferta wykonawcy **4Visions sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Kosiarzy 20A;**
 - dokonanie ponownego badania i oceny ofert połączone z czynnością wezwania wykonawcy **4Visions sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Kosiarzy 20A** na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących, zaoferowanej w ofercie ceny.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Telewizję Polską S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. J.P. Woronicza 17** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Niewojt sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach przy ul. 11 Listopada 3** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego **Telewizji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. J.P. Woronicza 17** na rzecz wykonawcy **Niewojt sp. z o.o. z siedzibą w Michałowicach przy ul. 11 Listopada** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Telewizja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. J.P. Woronicza 17 (dalej: „Zamawiający”, „TVP” lub „Telewizja Polska”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa kamer i obiektywów” (nr sprawy: ZP/TITT/113/2018).

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 sierpnia 2018 r. pod numerem 2018/S159-364053.

W dniu 13 listopada 2018 r. Zamawiający przesłał wykonawcy Niewojt sp. z o. o. z siedzibą w Michałowicach przy ul. 11 Listopada 3 (dalej: „Odwołujący” lub „Niewojt”) drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty zgodnie, z którą za najkorzystniejszą ofertę w zakresie Części 1 Zamawiający uznał ofertę wykonawcy 4Visions sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie przy ul. Kosiarzy 20A (dalej: „Przystępujący” lub „4Visions”). Natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert.

W dniu 23 listopada 2018 r. wykonawca Niewojt - w ramach Części 1 - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj.:

1. czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę 4Visions jako najkorzystniejszej oferty,
2. czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę 4Visions,
3. zaniechania niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami,

4. zaniechania czynności wezwania wykonawcy 4Visions do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,
5. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę 4Visions;
6. zaniechania czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Odwołujący zarzucał naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) - dalej: „rozporządzenie w sprawie protokołu postępowania” - przez zaniechanie niezwłocznego udostępnienia Odwołującemu protokołu postępowania z załącznikami;
2. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy 4Vision do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,
3. z ostrożności – art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty 4Visions jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „specyfikacja”);
4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy 4Visions jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy 4Visions jako najkorzystniejszej oferty;
- dokonania czynności niezwłocznego udostępnienia Specyfikacji Cenowej wykonawcy 4Visions, tj. nakazania udostępnienia Odwołującemu przedmiotowego dokumentu w następnym dniu roboczym po dniu, w którym wykonawca 4Visions złoży Zamawiającemu Specyfikację Cenową, o której mowa w pkt 17.2 SIWZ;

- niezwłoczne udostępnienia tych dokumentów, których udostępnienia zaniechał Zamawiający w dniu 23 listopada 2018 r.;
- dokonania ponownego badania i oceny oferty wykonawcy 4Visions;
- dokonania czynności wezwania wykonawcy 4Visions do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w trybie art 90 ust 1 ustawy;
- dokonania odrzucenia oferty 4Visions;
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych w postępowaniu ofert.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in., że:

- I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Odwołujący podnosił, że już w dniu, w którym Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (tj. 13 listopada 2018 r.), wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przesłanie dokumentacji postępowania drogą elektroniczną lub umożliwienie dokonania wglądu w dokumentację w siedzibie Zamawiającego. Jednak na wniosek ten Zamawiający nie zareagował w jakikolwiek sposób. Kolejno wykonawca Niewojt twierdził, że w dniu 19 listopada 2018 r. po raz kolejny zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o niezwłoczne udostępnienie protokołu postępowania (druk ZP-PN) z załącznikami, w tym w szczególności: ofert złożonych w postępowaniu, wszelkiej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego od upływu terminu składania ofert do dnia dzisiejszego oraz wszelkich oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców po upływie terminu składania ofert. Wykonawca wniósł o przesłanie żądanych dokumentów bądź wgląd do dokumentów w siedzibie Zamawiającego, w dniu 20 listopada 2018 r.

Według Odwołującego na jego wniosek z dnia 19 listopada 2018 r. Zamawiający zareagował dopiero w dniu 21 listopada 2018 r., przesyłając drogą elektroniczną o godzinie 11:01 (pismo znak: TVP/BZiZP/ZP/988/2018, BZiZP-230-136/2018), w którym wyznaczył termin na dokonanie czynności wglądu w dokumentację na dzień 23 listopada 2018 r. w godzinach 10:00 -11:00, bud. Pc, pokój 218.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia przetargu musi się liczyć z tym, że wykonawcy niezwłocznie wystąpią o wgląd w protokół wraz z załącznikami. Zatem już przy czynności uzewnętrznienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej musi

być organizacyjnie przygotowany do udostępnienia dokumentów. Jeżeli Zamawiający nie mógł niezwłocznie udostępnić dokumentacji przetargowej od dnia 13 listopada 2018 r., to nie powinien w tym dniu podejmować czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Nikt nie nakazywał Zamawiającemu uzewnętrznienia decyzji o wyborze właśnie tego dnia. Zamawiający powinien dokonać wyboru oferty w takim momencie, aby od chwili uzewnętrznienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej móc niezwłocznie (czyli niemal natychmiast) udostępnić protokół postępowania wraz z załącznikami. Tymczasem Zamawiający, pomimo dwukrotnych próśb ze strony Odwołującego, dopiero w dniu upływu terminu na wniesienie odwołania umożliwia Odwołującemu zapoznanie się z dokumentacją postępowania. Tym samym, zdaniem Odwołującego zaniechanie niezwłocznego udostępnienia dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego wpływało na wynik postępowania, bowiem Odwołujący nie był w stanie kompleksowo ocenić swojej sytuacji w przetargu i w pełny sposób sformułować zarzutów, żądań i argumentacji dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę 4Visions.

Odwołujący twierdził, że nawet, jeśli Zamawiający zdecydowałby się na uwzględnienie niniejszego zarzutu, to jego dotychczasowe zachowanie powinno rzutować na ocenę zasadności postawionych zarzutów i profesjonalnego zachowania wykonawcy, przejawiającego się w dbaniu o zabezpieczenie swojego interesu w uzyskaniu zamówienia. Kolejno wykonawca Niewojt wypuklał kwestię okoliczności nie udostępnienia Odwołującemu jednego z dokumentów wymaganych w treści SIWZ, jakim jest Specyfikacja Cenowa dla oferty 4Visions, co całkowicie uniemożliwiało weryfikację zgodności oferowanego przez 4Visions przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący twierdził, że nie jest w stanie sformułować w treści odwołania jakiegokolwiek zarzutu związanego z niespełnieniem przez tory kamerowe 4K oferowane przez 4Visions parametrów technicznych wymaganych w SIWZ, pomimo że etap badania oferty pod kątem jej odrzucenia kończy się w momencie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu przez Izbę dokonania czynności niezwłocznego udostępnienia Specyfikacji Cenowej wykonawcy 4Visions, tj. nakazania udostępnienia Odwołującemu przedmiotowego dokumentu w następnym dniu roboczym po dniu, w którym wykonawca 4Visions złoży Zamawiającemu Specyfikację Cenową, o której mowa w pkt 17.2 SIWZ.

Odwołujący podnosił, że opisane działania Zamawiającego, polegające na udostępnieniu dokumentacji niezwykle istotnej dla przygotowania niniejszego odwołania

dopiero w ostatnim dniu terminu do wniesienia środka ochrony prawnej z pewnością nie mogą zostać uznane za niezwłoczne. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw, ani natury faktycznej, ani prawnej, aby udostępnić dokumenty dopiero 10-ego dnia od zawiadomienia wykonawców o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy 4Visions do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

Odwołujący twierdził, że z danych dotyczących cen ofert, podanych w trakcie otwarcia ofert, wynika wprost, iż cena ofert wykonawcy 4Visions w sposób znaczący odbiega nie tylko od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz od budżetu Zamawiającego, ale również od cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Wyjaśniał, że kwotę Zamawiający określił kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na 3 557 160 zł brutto, natomiast ceny brutto ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu w zakresie Części 1 zamówienia kształtowały się następująco:

– 4Visions	2 554 375,44 zł
– Niewojt	2 988 338,87 zł
– Studiotech Poland Sp. z o.o.	3 780 718,65 zł

Odwołujący na podstawie powyżej wskazanych cen wyjaśniał, że cena wykonawcy 4Vision jest istotnie niższa od cen wszystkich pozostałych ofert, a różnica między nią i następną ceną w rankingu ofert to 444.000 zł. Dalej, cena oferty 4Visions jest niższa o ponad 550.000 zł od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Wreszcie, cena oferty 4Visions odbiega aż o 28,2% od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Odwołującego wykonawca 4Visions zaoferował wykonanie zamówienia po cenie nierealnej, niepokrywającej faktycznych kosztów realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego zaoferowana cena powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiający powinien wezwać wykonawcę 4Visions do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1 ustawy. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość, co do ceny oferty wykonawcy 4Visions, pomimo nieprzekroczenia progu 30%, o którym mowa w art 90 ust. 1a ustawy. Wykonawca Niewojt podkreślał, że przekroczenie tego progu jest tylko jednym z przypadków, w których Zamawiający zobligowany jest do zbadania,

czy cena nie jest rażąco niska. Nie oznacza to, że w przypadku, gdy cena oferty nie jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, Zamawiający może zaniechać badania oferty.

Uzasadniając przedmiotowy zarzut odwołania Odwołujący zwracał uwagę na okoliczności rynkowej wartości przedmiotu niniejszego zamówienia. Odwołujący zauważał, że nie tylko on, ale również Zamawiający, nie mają na chwilę obecną wiedzy, co do tego, jakie kamery i oprogramowanie (model, producent) są przedmiotem oferty złożonej przez 4Visions. Wynika to z faktu, iż Zamawiający w pkt 17.2 SIWZ zastosował mechanizm zgodnie, z którym dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawca, którego ofertę wybrano, zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu Specyfikacji Cenowej, wskazującej na model i producenta oferowanych urządzeń i oprogramowania.

Mając jednak na względzie okoliczność, że wykonawca 4Visions jest autoryzowanym dystrybutorem kamer marki SONY, a także przedmiot zamówienia oferowany przez 4Visions w innych częściach postępowania (tory kamerowe w standardzie HD), zdaniem Odwołującego z dużą dozą prawdopodobieństwa należy uznać, że przedmiotem oferty tego wykonawcy złożonej w Części nr 1 zamówienia jest sprzęt marki SONY, którego modele serii HDC-4300 oraz HDC-3500 jako jedyne spełniają wymagania określone w treści SIWZ. Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący przyjął również założenie, że przedmiotem oferty 4Visions złożonej w Części nr 1 zamówienia jest sprzęt marki PANASONIC, którego modele serii AK-UC3000 oraz AK-UC4000 jako jedyne spełniają wymagania określone w treści SIWZ.

Wracając do kwestii rynkowej wartości niniejszego zamówienia, Odwołujący przedstawił zestawienie cen z trzech postępowań o udzielenie zamówienia, prowadzonych przez Zamawiającego w przedmiocie dostawy kamer, tj. dostawy torów kamerowych zarówno w standardzie HD, jak i 4K. Wyłączając cenę oferty 4Visions, złożonej w Części 1 zamówienia, z przedstawionego zestawienia zdaniem Odwołującego wynika, że najniższą ceną ofertową uzyskaną przez Zamawiającego w przeliczeniu na 1 kompletny tor kamerowy w standardzie 4K jest cena 134 974,66 zł netto, zaoferowana przez Odwołującego w Części 1 niniejszego zamówienia (Lp. I 1). Podobna cena, 138 979,49 zł (Lp. I 20), została zaoferowana także przez Odwołującego, w postępowaniu prowadzonym przez TVP w 2017 r. Ceny te są najniższymi cenami uzyskanymi przez Telewizję Polską w przeliczeniu na 1 kompletny tor kamerowy w standardzie 4K. Odwołujący stwierdził, że tylko jednemu z konkurencyjnych wykonawców, tj. firmie SHADOK AV Sp. z o.o., udało się osiągnąć zbliżony do Odwołującego poziom ceny w przeliczeniu na 1 kompletny tor kamerowy w standardzie 4K (140 826 zł - Lp. I

10) w postępowaniu znak ZP/TITT/3/2018 prowadzonym na początku br. Wykonawca Niewojt podnosił, że podane wyżej wartości obrazują ceny za przedmiot niniejszego zamówienia, uzyskane w wyniku bardzo atrakcyjnych warunków handlowych, uzyskanych przez Odwołującego od producenta PANASONIC, a także niedużej marży na realizacji zamówienia. W opinii Odwołującego aktualnie obniżenie tych kwot o kilka procent spowoduje zagrożenie występowania ceny rażąco niskiej, nierealnej, poniżej kosztów wytworzenia. Odwołujący wskazywał, że podane ceny dotyczą sprzętu marki PANASONIC, natomiast w przypadku kamer marki SONY najniższą uzyskaną przez TVP ceną w przeliczeniu na 1 kompletny tor kamerowy w standardzie 4K jest cena 170 764,17 zł netto (Lp. I 2), o wiele wyższa niż cena tej samej klasy sprzętu PANASONIC.

Odwołujący jedynie pomocniczo zwracał uwagę, że ceny kompletnych torów kamerowych rodzaju HD są istotnie niższe niż 4K, z uwagi na inną klasę oraz rozwiązania techniczne i funkcjonalne sprzętu. Tymczasem zaoferowana przez 4Visions cena jednego toru klasy 4K (115 373,78 zł netto - Lp. 1 3) przebija nawet najniższe ceny za kompletne tory kamerowe PANASONIC i SONY klasy HD. Ponadto tory kamerowy 4K oparte o technologię jedno przetwornikową są tańsze niż tory kamerowe 4K oparte o technologię trzy przetwornikową.

Biorąc pod uwagę wątpliwości, jakie budzi oferta wykonawcy 4Visions, a także ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców, jak również rynkową wartość zamówienia, zdaniem Odwołującego, uzasadnione są poważne wątpliwości dotyczące ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę. Tymczasem pomimo istnienia istotnych różnic cenowych pomiędzy ofertą wykonawcy 4Visions a pozostałymi ofertami i „budżetem” Zamawiającego, a także pomimo wiedzy Zamawiającego z poprzednich postępowań, co do cen torów kamerowych w standardzie 4K, Zamawiający nie wezwał wykonawcy 4Visions do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1 ustawy. Bez tych wyjaśnień, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalny jest wybór oferty z ceną, która może być uznana za rażąco niską, Istniejące różnice powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych. Różnice, wskazane powyżej w tabeli, a także w zestawieniu, z całą pewnością powinny stanowić podstawę do wszczęcia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego. W ocenie wykonawcy Niewojt powyższe wskazuje na zasadność i konieczność zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy 4Visions o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

III. Podnoszony z ostrożności zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty 4Visions jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w pkt 17.2 SIWZ sprecyzował, że niezwłocznie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy z Zamawiającym Wykonawca, którego ofertę wybrano zobowiązany jest, bez wezwania, przedłożyć Zamawiającemu Specyfikację Cenową zgodną w treści z Załącznikiem Nr 2 do Wzoru umowy. Wartość netto oraz cena brutto podane w Specyfikacji Cenowej muszą być tożsame z wartością netto oraz ceną brutto podanymi w Formularzu oferty. Urządzenia wyspecyfikowane w Specyfikacji Cenowej muszą odpowiadać wymogom określonym w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do Wzoru umowy.

Następnie, w pkt. 17.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że brak przedłożenia Specyfikacji Cenowej, o której mowa w pkt 17.2 lub podanie w treści Specyfikacji Cenowej urządzeń niezgodnych z wymogami Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do Wzoru umowy) lub podanie w Specyfikacji Cenowej wartości rozbieżnych z odpowiednimi wartościami podanymi w Formularzu ofertowym równoznaczne będzie z uznaniem przez Zamawiającego, z wszelkimi tego konsekwencjami, wynikającymi z ustawy Pzp, że Wykonawca uchyła się od zawarcia umowy (odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy).

Zdaniem Odwołującego, opisany w pkt. 17.2 SIWZ mechanizm nie stanowi nic innego, jak tylko nieuprawnione dokonywanie przez Zamawiającego czynności badania oferty po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro, bowiem Specyfikacja Cenowa zawiera informacje o oferowanych urządzeniach, to niewątpliwie stanowi treść oferty. Co więcej, urządzenia wyspecyfikowane w Specyfikacji Cenowej muszą odpowiadać wymogom określonym w Opisie przedmiotu zamówienia. Zatem w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z dość niecodzienną sytuacją, w której informacje stanowiące treść oferty są składane po czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a Zamawiający de facto bada zgodność treści oferty z treścią SIWZ dopiero przed udzieleniem zamówienia.

Odwołujący twierdził, że zdaje sobie sprawę, że pojęcie „niezwłoczności” nie zostało zdefiniowane, ale należy je oceniać jako „rozsądny termin”, „bez zbędnej zwłoki”, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy oraz z uwzględnieniem zasady uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy. Na gruncie kodeksu cywilnego (art. 455 kc) terminu „niezwłocznie” nie należy utożsamiać z terminem: „natychmiastowy”. Ponadto w najnowszej literaturze prawniczej trafnie podkreśla się, że termin „niezwłocznie” oznacza termin realny. Nie mniej jednak zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 września 2014 r. sygn. akt: KIO 1780/14 „Uzupełnienie; w tym podjęcie starań o dostarczenie dokumentów do Zamawiającego cztery dni po wyznaczonym terminie, to jest w dniu 12 sierpnia 2014 r. nie mieści się w pojęciu „niezwłocznego” dostarczenia dokumentów do Zamawiającego”.

Skoro Zamawiający w pkt. 17.2 SIWZ zażądał złożenia Specyfikacji Cenowej niezwłocznie po wyborze oferty, to zdaniem Odwołującego dokument ten powinien być złożony przez wykonawcę 4Visions bez zbędnej zwłoki, najszybciej jak to możliwe, mając jednocześnie na względzie okoliczność, że treść tego dokumentu stanowi kluczową informację o oferowanym przez wykonawcę przedmiocie zamówienia, a Odwołujący zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy ma pełne prawo do weryfikacji oferty konkurencyjnej i dokumentów składanych przez konkurencyjnego wykonawcę, a następnie wnoszenia środków ochrony prawnej na ewentualne nieprawidłowości w ofercie konkurencyjnej.

Odwołujący wskazywał, że dokonując wglądu w protokół postępowania z załącznikami w siedzibie Zamawiającego, w dniu 23 listopada 2018 r., nie otrzymał i nie odnalazł Specyfikacji Cenowej wykonawcy 4Visions, jaka miała być złożona w odniesieniu do Części 1 zamówienia, pomimo, że upłynęło 10 dni od dnia dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Skoro, zatem wykonawca 4Visions nie dopełnił wymogu złożenia Specyfikacji Cenowej niezwłocznie po wyborze oferty, to uchybienie to należy zakwalifikować jako niezgodność oferty z treścią SIWZ, powodującą konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zdaniem Odwołującego niezgodność ta ma charakter merytoryczny, bowiem odnosi się do informacji dotyczących przedmiotu zamówienia ujętego w cenie złożonej oferty.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy 4Visions jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych ofert.

Odwołujący wyjaśniał, że powyższy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych, powyżej, ponieważ zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający wybiera ofertę

najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez wykonawcę 4Visions może podlegać odrzuceniu, Zamawiający w przypadku, gdy np. wykonawca ten nie złoży wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub jeżeli dokonana ocena tych wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako najkorzystniejszą ofertę w zakresie Części 1 powinien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą i jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

W dniu 5 grudnia 2018 r. Zamawiający do Izby wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości uznając je za całkowicie niezasadne. Zamawiający wnosił również o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów dotyczących postanowień SIWZ jako spóźnionych a także dopuszczenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia.

W toku rozprawy Odwołujący złożył następujące dokumenty celem przeprowadzenia z nich dowodu:

1. Analiza rynku z dnia 20 czerwca 2018 r. wraz z aktualizacją z dnia 25 lipca 2018 r., w której podano, że Zamawiający dokonując przygotowania postępowania dokonywał analizy cen i ostatecznie oszacował wartość zamówienia w Części 1 na około 3,5 mln. zł.
2. Cennik panelu sterowania RCP-1500, pochodzący ze strony internetowej Przystępującego.
3. Cennik wizjera 3,5 cala, pochodzący ze strony internetowej Przystępującego.
4. Cennik wizjera 7 cala, pochodzący ze strony internetowej Przystępującego.
5. Korespondencja pracownika Odwołującego z przedstawicielem SONY na rynek europejski, zawierająca ofertę BPM, cennik komponentów w zakresie kamer, które znalazły się w ofercie Przystępującego w wersji anglojęzycznej, wersja z tłumaczeniem na język polski.
6. Wydruk ze strony internetowej firmy SONY w wersji językowej japońskiej wraz z tłumaczeniem na język polski, dotyczący kamery HDC-3500, w której wskazano wartość produktu zarówno w jenach, jak również w polskich złotych.

7. Wydruk ze sklepu internetowego w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, w którym podano ceny dla trzech produktów firmy SONY podanych w tabeli, (podane w funtach oraz złotych).
8. Pismo dotyczące prowadzonej w dniu 26 listopada 2018 r. korespondencji z TVP przez wykonawcę Niewojt.

Natomiast Zamawiający złożył następujące dokumenty celem przeprowadzenia z nich dowodu:

1. Notatkę służbową sporządzoną przez Pana M. S. – pracownika TVP – na okoliczność rozmowy z przedstawicielem wykonawcy Niewojt Panem S. B. w dniu 14 listopada 2018 r. wraz załącznikiem;
2. Notatkę służbową sporządzoną przez Pana M. S. – pracownika TVP – na okoliczność rozmowy z przedstawicielem wykonawcy Niewojt Panem S. B. w dniu 21 listopada 2018 r. wraz załącznikami
3. Wyjaśnienia firmy Niewojt z dnia 10 października 2017 r., złożone TVP przez wykonawcę Niewojt, dotyczące występowania w jego ofercie cen niższych, w zakresie wcześniejszego postępowania, tj. z 15 września 2017 r.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu

naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż według art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Natomiast ust. 3 ww. przepisu stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Z dniem 28 lipca 2016 r. brzmienie art. 90 ustawy uległo zmianie w wyniku wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). W świetle znowelizowanej treści przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2. pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;

3. wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5. powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W zakresie interpretacji powołanego przepisu Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Urząd Zamówień Publicznych w opinii prawnej, zamieszczonej na stronie internetowej UZP, w której stwierdzono m. in.: *„Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, jeżeli cena lub koszt oferty, lub ich istotne części składowe w opinii zamawiającego, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości, zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów zależy, co do zasady, od oceny oferty przez zamawiającego. Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawie wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten - w odróżnieniu od obowiązującej dotychczas regulacji (art. 90 ust. 1 w brzmieniu nadanym nowelizacją ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. ustawa o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232) – nie określa sztywnych, matematycznych reguł, kształtujących podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy przez zamawiającego. W świetle powyższego zatem zamawiający będzie miał obowiązek występowania do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień w sprawie podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w sytuacji gdy zostanie stwierdzona rozbieżność pomiędzy ceną ofertową (kosztem) w ofercie wykonawcy a wyceną przedmiotu zamówienia dokonywaną przez zamawiającego z należytą starannością w konkretnych warunkach gospodarczych i konkretnych okolicznościach sprawy. W świetle znowelizowanego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie ulega wątpliwości, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem.*

Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit”.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy Izba wskazuje, że w ramach Części 1 złożono 3 oferty. Zamawiający określił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na 3 557 160 zł brutto, podczas, gdy oferta Przystępującego, która uplasowała się na pierwszym miejscu posiadała cena brutto 2 554 375,44 zł. Zatem dostrzec należy, że cena oferty 4Visions jest niż aż o ponad 28% od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Istotne są również różnice pomiędzy ofertami pozostałych wykonawców ubiegających się o tą część zamówienia. Otóż oferta Przystępującego jest niższa od oferty Odwołującego o 433 963,43 zł (ok. 14%), natomiast od oferty kolejnego wykonawcy jest niższa aż o ok. 32%. Wobec tego należy zgodzić się z wykonawcą Niewojt, że cena oferty wykonawcy 4Visions zasadniczo odbiega zarówno od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego jak również od cen pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu.

W kontekście rozpoznawanego zarzutu istotnym również jest, że postanowieniami specyfikacji, które nie zostały przez wykonawców zaskarżone, a zatem należy uznać je za obowiązujące, Zamawiający żądał podania w ofercie jedynie ceny ofertowej, bez wskazania tego, jaki konkretny produktu został zaoferowany przez wykonawcę, tj. producent, model, numer. Zamawiający ograniczył się jedynie do zawarcia w formularzu ofertowym stwierdzenia, że oferowany produkt ma być zgodny z wszelkimi wymogami opisu przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy. Zgodnie z pkt 17.2 SIWZ dopiero wykonawca, którego ofertę wybrano zobowiązany był przedłożyć Zamawiającemu Specyfikację Cenową zgodną w treści z Załącznikiem Nr 2 do Wzoru umowy. Zatem „zwycięski wykonawca” szczegółowe informacje na temat zaoferowanego produktu zobowiązany był podać nie wcześniej niż w Specyfikacji Cenowej, a więc już po wyborze najkorzystniejszej oferty. W kontekście powyższego oczywistym jest, że Zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej nie posiadał szczegółowych informacji na temat producenta, modelu czy też numeru urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego a jedynie mógł opierać się o jego oświadczenie, że zaoferowane przez wykonawcę 4Visions urządzenie jest zgodne z wszelkimi wymogami opisu przedmiotu zamówienia oraz wzorem umowy. Powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie znając szczegółów technicznych oferty Przystępującego nie był w stanie

dokonać miarodajnej weryfikacji ceny oferty wykonawcy 4Visions w aspekcie występowania w niej ceny rażąco niskiej.

Izba stanęła na stanowisku, że przy tak zarysowanym stanie faktycznym zaoferowana przez Przystępującego cena ofertowa, która pozostaje w istotnej dysproporcji nie tylko względem cen pozostałych wykonawców, ale również jest niż o ok. 28% od ceny szacunkowej zamówienia, powiększonej o należy podatek od towarów i usług powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, a w konsekwencji Zamawiający powinien wezwać wykonawcę 4Visions do złożenia wyjaśnień w trybie art 90 ust 1 ustawy. W ocenie Izby bez znaczenia pozostaje kwestia nieprzekroczenia progu 30%, o którym mowa w art 90 ust 1a ustawy, ponieważ dowodzi to jedynie tego, że nie znajduje zastosowania powołany powyżej przepis ustawy, co wcale nie zwalniało Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy 4Visions do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Na kanwie rozpoznawanego stanu faktycznego, nie sposób również nie odnieść się do dowodów złożonych przez Odwołującego, które dotyczą, co prawda już konkretnych komponentów, zawartych w Ofercie Cenowej Przystępującego, złożonej Zamawiającemu w dniu 26 listopada 2018 r., a więc po wyborze oferty najkorzystniejszej i po złożeniu przedmiotowego odwołania. Nie mniej jednak złożone dowody wprost referują do ceny ofertowej zawartej w ofercie wykonawcy 4Visions i potwierdzają dodatkowo zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp. Z przedstawionych przez Odwołującego dowodów wynika, że poszczególne ceny, określonych komponentów są znacznie niższe od tych, zawartych w Ofercie Cenowej przez Przystępującego, które niewątpliwie składają się na cenę całkowitą zawartą w ofercie wykonawcy 4Visions.

Przystępujący w toku rozprawy podnosił, że skalkulował cenę oferty na podstawie korzystnej oferty cenowej, jaką pozyskał ze strony firmy SONY. Podnosił, że urządzenia podane w pkt 1.1. 2.1 3.1 3.11 i 4.1 Specyfikacji Cenowej to nowe modele, które dopiero zostały wprowadzone przez SONY i opierają się na najnowszej technologii. Wyjaśniał, że to SONY, jako producent decyduje o produkcie i ofercie cenowej, jak również stosowanej polityce cenowej, która jest zróżnicowana w zależności od kraju. Zaznaczał również, że zupełnie różna jest cena dla klienta detalicznego, niż dla strategicznego, za jakiego należy uznawał TVP. Kolejno Przystępujący twierdził, że Specyfikacja Cenowa jest dokumentem całościowym i nieprawidłowe jest wrywanie pojedynczych cen z ceny całkowitej, ponieważ niektóre

elementy mają niższą cenę, a niektóre wyższą. Wykonawca 4Visions wyjaśniał również, że stosuje strategię kursów rynkowych, co pozwala mu uzyskać najniższy kurs waluty w danym okresie czasu, co ma przełożenie na poziom ceny. Jednak Izba uznała, że zaprezentowane powyżej wyjaśnienia Przystępującego należy potraktować, jako gołosłowne, ponieważ nie zostały one wsparte jakimkolwiek dowodem, czy to w postaci wskazywanej przez wykonawcę 4Visions oferty cenowej, pochodzącej ze strony SONY, czy też dokumentem potwierdzającym - jak twierdził Przystępujący - stosowanie przez wykonawcę 4Visions strategii kursów rynkowych.

Izba nie podzieliła również argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, który twierdził, że w rozpoznawanej sprawie brak było okoliczności powodujących wystąpienie po jego stronie wątpliwości, co do ceny oferty Przystępującego, a zatem brak było przesłanek do wdrożenia procedury opisanej w art. 90 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że wręcz przeciwnie, okoliczności takie wystąpiły, co zostało opisane powyżej.

Ponadto przedstawiony przez Zamawiającego dowód w postaci wyjaśnień wykonawcy Niewojt z dnia 10 października 2017 r., dotyczących podobnego, wcześniej prowadzonego przez Zamawiającego postępowania dowodzi, że wskazywana rozbieżność pomiędzy cenami ofertowymi, wskazywanymi przez poszczególnych wykonawców w poprzednim postępowaniu nie jest czymś oczywistym i niewymagającym wyjaśnienia. Podkreślić należy, że właśnie wówczas występująca sytuacja doprowadziła Zamawiającego do przekonania, że konieczne jest wezwanie wykonawcy Niewojt do złożenia wyjaśnień w aspekcie występowania w jego ofercie ceny rażąco niskiej.

Natomiast wyjaśnienia Zamawiającego, że w zakresie objętym zamówieniem następuje znaczny postęp technologiczny (np. pojawienie się nowego urządzenia firmy SONY), który w tym przypadku uzasadnia stosowanie cen na takim poziomie jak Przystępujący Izba uznała za nietrafne i nieprzekonywujące. Istotnym jest, co już wskazano wcześniej, powyżej, że Zamawiający dokonując badania ceny oferty Przystępującego pod kątem występowania w niej ceny rażąco niskiej nie posiadał szczegółowej wiedzy w zakresie konkretnych rozwiązań technicznych oferowanych przez wykonawcę 4Visions. Informacje na ten temat pozyskał dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 26 listopada 2018 r., gdy wykonawca przesłał Specyfikację Cenową, zawierającą wykaz określonych urządzeń z podaniem konkretnych danych (nazwy urządzenia, producenta, typu, modelu, ilości, cen

jednostkowych itp.). Wobec tego nie może ostać się ww. argumentacja Zamawiającego, który w realiach rozpoznawanej sprawy jedynie mógł przypuszczać, nie mając całkowitej pewności, że Przystępujący w złożonej ofercie oferuje określone rozwiązanie techniczne, które pozostaje w domyśle Zamawiającego.

Podsumowując, Izba uznała, że w rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości do ceny wskazanej w ofercie Przystępującego i wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Zaniechanie Zamawiającego w omawianym zakresie należy uznać za naruszenia ww. przepisu ustawy.

II. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy.

W tym miejscu wskazać należy, że konsekwencją potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, opisanego powyżej, jest stwierdzenie przez Izbę naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zgłoszony zarzut należy uznać za zasadny.

Nie było sporne między stronami, że w treści specyfikacji w pkt 3.3 Zamawiający nie przewidział innych form porozumiewania się takich jak „forma telefoniczna”. Zamawiający w pkt 3.4 SIWZ wskazał, że komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami odbywa się za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście, za pośrednictwem postańca, faksu lub przy użyciu Środków komunikacji elektronicznej.

Z ustaleń poczynionych przez Izbę na podstawie dokumentacji postępowania oraz dowodów złożonych w sprawie wynika, że Odwołujący już w dniu, w którym Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. 13 listopada 2018 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o przesłanie dokumentacji postępowania drogą elektroniczną lub umożliwienie dokonania wglądu w dokumentację w siedzibie Zamawiającego. W treści wniosku wykonawca Niewojt podał, że „Zwracam się z prośbą o udostępnienie dokumentów złożonych w Części 1 postępowania przetargowego na „Dostawę kamer i obiektywów” (...) W

szczegółności zależy nam na zapoznaniu się z listą asortymentową sprzętu oferowanego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Prosimy o przesłanie dokumentów w formie skanu na adres: sekretariat@niewojt.com lub jeżeli będzie to możliwe wyznaczenie dogodnego terminu wglądu do dokumentów. Proszę o wyznaczenie terminu niezwłocznie po otrzymaniu specyfikacji asortymentowej”.

W treści notatki służbowej, sporządzonej przez Pana M. S., przedstawionej przez Zamawiającego wskazano, że Zamawiający nie przesłał wykonawcy żądanych przez niego dokumentów ani ich nie udostępnił. Zamiast tego w dniu 14 listopada 2018 r. kontaktował telefonicznie z przedstawicielem wykonawcy Niewojt Panem S. B. w sprawie złożonego wniosku informując, że w tej chwili Zamawiający nie posiada jeszcze listy asortymentowej sprzętu oferowanego przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W treści notatki podano również, że „Poprosiłem też o mailowe potwierdzenie, w przypadku rezygnacji z wglądu do akt. Pan B. zgodził się z takim rozwiązaniem informując, że pojawi się, jeśli uzna za stosowne. Na tym rozmowa się zakończyła. Przedstawiciel wykonawcy nie pojawił się, celem dokonania wglądu do dokumentacji. Nie nadesłano mailowo potwierdzenia rezygnacji z chęci dokonania wglądu”.

Pismem z dnia 19 listopada 2018 r., które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 20 listopada 2018 r. Odwołujący na podstawie art. 96 ust. 3 i art. 8 ust. 1 Pzp zwrócił się z kolejnym wnioskiem o niezwłoczne udostępnienie protokołu (druk ZP-PN) z załącznikami, w tym w szczególności: ofert złożonych w postępowaniu, wszelkiej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego od upływu terminu składania ofert do dnia dzisiejszego oraz wszelkich oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców po upływie terminu składania ofert. Wykonawca wniósł o przesłanie żądanych dokumentów formie skanu na poprzednio już wskazywany adres e-mail bądź wgląd do dokumentów w siedzibie Zamawiającego do dnia 20 listopada 2018 r.

W odpowiedzi na powyższy wniosek Odwołującego Zamawiający pismem z dnia 21 listopada 2018 r. wyznaczył termin na dokonanie czynności wglądu w dokumentację na dzień 23 listopada 2018 r. w godzinach 10:00 -11:00, bud. Pc, pokój 218.

W dniu 21 listopada 2018 r., już po otrzymaniu ww. pisma ze strony Zamawiającego Odwołujący wystosował kolejne wezwanie o natychmiastowe przesłanie wykonawcy drogą elektroniczną żądanej dokumentacji postępowania bądź natychmiastowy wgląd w tę dokumentację w siedzibie Zamawiającego. Złożony wniosek wykonawca Niewojt motywował upływającym w dniu 23 listopada 2018 r. terminem na złożenie odwołania do KIO.

Natomiast w treści notatki służbowej sporządzonej przez Pana M. S., przedstawionej przez Zamawiającego podano, że kontaktował się on telefonicznie w dniu 21 listopada 2018 r. w godzinach popołudniowych z przedstawicielem wykonawcy Panem S. B.m, celem wyznaczenia czynności wglądu w dokumentację postępowania w dniu 22 listopada 2018 r. od godz. 8.30 do 15.30 w siedzibie TVP. W notatce stwierdzono, że „pomimo potwierdzenia przedstawiciel wykonawcy Niewojt nie pojawił się w dniu tym dniu a dopiero w pierwotnie wyznaczonym terminie, tj. 23 listopada 2018 r. o godz. 10.00”.

Pełnomocnik Odwołującego Pan S. B. w toku rozprawy zaprzeczył jakoby w trakcie rozmowy telefonicznej z Panem M. S. w dniu 14 listopada 2018 r. wycofał swoją prośbę. Wyjaśnił natomiast, że prawdą jest, iż Zamawiający kontaktował się z nim telefonicznie, jednak w treści tej rozmowy Pan S. B. oświadczył jedynie, że została podjęta w tym zakresie decyzja o zastanowieniu, dlatego też ww. pełnomocnik zaprzeczył trudzeniom Zamawiającego, że zrezygnował z przesłania dokumentów. Również zaprzeczał temu, że nie skorzystał z wglądu w dniu 22 listopada 2018 r. twierdząc jednocześnie, że taki termin nie został wykonawcy wyznaczony.

W dokumentacji postępowania znajduje się potwierdzenie udostępnienia dokumentacji postępowania Odwołującemu w dniu 23 listopada 2018 r. Ponadto w treści dokumentacji znajduje się potwierdzenie przesłania Odwołującemu w dniu 26 listopada 2018 r. w formie elektronicznej na adres: sekretariat@niewojt.com Specyfikacji Cenowej Przystępującego w formie załącznika pdf.

W toku postępowania odwoławczego wykonawca Niewojt przedłożył dowód, na podstawie którego twierdził, że w dniu 26 listopada 2018 r. była prowadzona korespondencja z TVP w sprawie wadium i poza tym żadna korespondencja w tym dniu z Telewizji Polskiej nie wpłynęła do Odwołującego. Podtrzymał stanowisko, w którym twierdził, że Specyfikację Cenową Przystępującego otrzymał wraz z odpowiedzią na odwołanie.

Zgodnie z art 96 ust. 3 ustawy protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania z tym, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast ust. 2 ww. przepisu stanowi, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane

przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu.

Według § 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie protokołu zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Natomiast w ust. 5 ww. paragrafu rozporządzenia ustawodawca wskazał, że Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania.

Na gruncie omawianego stanu faktycznego Izba stanęła na stanowisku, że zgłoszony zarzut należy uznać za uzasadniony. W ocenie Izby Zamawiający udostępniając Odwołującemu dopiero w dniu 23 listopada 2018 r. żądane przez niego dokumenty dopuścił się naruszenia art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Izba stwierdziła, że w piśmie z dnia 13 listopada 2018 r. wykonawca Niewojt domagał się nie tylko przesłania bądź udostępnienia specyfikacji z listą asortymentową sprzętu oferowanego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ale także wnosił o przesłanie dokumentacji postępowania drogą elektroniczną lub umożliwienie dokonania wglądu w dokumentację w siedzibie Zamawiającego. W treści wniosku wykonawca Niewojt jednoznacznie sprecyzował, że zwraca się z prośbą o udostępnienie dokumentów złożonych w Części 1 postępowania przetargowego na „Dostawę kamer i obiektywów”. W treści pisma Odwołujący zaznaczył jedynie, że w szczególności zależy jemu na zapoznaniu się z listą asortymentową sprzętu oferowanego przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Izba doszła do przekonania, że wobec przywołanej powyżej treści wniosku nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, że wykonawcy Niewojt zależało jedynie na zapoznaniu się ze listą asortymentową. Izba stwierdziła, że gdyby tak było o wykonawca Niewojt w treści wniosku

wnosiłby o udostępnienie jedynie tego dokumentu, podczas, gdy w jego treści, już na samym początku, znajduje się jednoznaczne odwołanie do dokumentacji postępowania. W kontekście powyższego Izba uznała za błędne działanie Zamawiającego, który zamiast przesłać bądź udostępnić wykonawcy żądane dokumenty podejmował działania, polegające na porozumiewaniu się z wykonawcą w formie nieprzewidzianej przez SIWZ, tj. kontaktu telefonicznego.

Co istotne, również podnoszona kwestia rzekomej rezygnacji Odwołującego budzi wątpliwości, gdyż pełnomocnik Odwołującego zaprzeczał, aby wycofał złożony wniosek, co wydaje się, że znajduje potwierdzenie w nieprzesłaniu przez wykonawcę Niewojt oświadczenia o wycofaniu. Wobec braku potwierdzenia o wycofaniu wniosku przez Odwołującego Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby nie udostępnić wykonawcy żądanych przez niego dokumentów.

Jeśli zaś chodzi o kolejny wniosek Odwołującego, związany z prośbą o przesłanie lub udostępnienie opisanych powyżej dokumentów z dnia 19 listopada 2018 r., który wpłynął do Zamawiającego w dniu 20 grudnia 2018 r. to Izba nie dopatrzyła się po stronie Zamawiającego jakichkolwiek okoliczności, które stałyby na przeszkodzie temu, aby Zamawiający wyznaczył termin wcześniejszy niż 23 listopada 2018 r., który był ostatnim dniem na wniesienie odwołania przez wykonawcę Niewojt. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na niespójność stanowiska Zamawiającego, który z jednej strony otrzymując ze strony Odwołującego pismo z wnioskiem w dniu 20 listopada 2018 r. wyznacza termin wglądu do dokumentacji dopiero na dzień 23 listopada 2018 r. a jednocześnie w dniu 21 listopada 2018 r. w godzinach popołudniowych (14.42) kontaktuje się z wykonawcą telefonicznie proponując termin wglądu do akt na dzień kolejny tj. 22 listopada 2018 r. Biorąc pod uwagę powyższe rodzi się pytanie, dlaczego Zamawiający pierwotnie nie wyznaczył krótszego terminu niż 23 listopada 2018 r. i jaki dlaczego nie dokonał tego w formie przewidzianej w SIWZ? Izba uznała, że w kontekście powyższego trudno czynić zarzut Odwołującemu, że nie dokonał wglądu do akt w dniu 22 listopada 2018 r., ponieważ że taki termin nie został wykonawcy skutecznie i prawidłowo przez Zamawiającego wyznaczony.

Izba nie znalazła również usprawiedliwienia zaniechania Zamawiającego, polegającego na braku przesłania żądanych dokumentów drogą elektroniczną. W tym miejscu zaznaczyć należy, że Odwołujący we wskazanych wnioskach dopuszczał dychotomiczny sposób przekazania żądanych dokumentów, tzn. za pomocą e-maila bądź też udostępnienie

dokumentów w siedzibie Zamawiającego. W toku rozprawy Zamawiający nie wskazał, z jakiego powodu nie skorzystał z możliwości przesłania Odwołującemu żądanych przez niego dokumentów.

Biorąc pod uwagę zaprezentowane powyższej rozważania Izba stwierdziła, że potwierdził się wskazywany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 ustawy oraz § 4 ust. 5 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania. Jednak z uwagi na to, że w dniu 23 listopada 2018 r. Odwołującemu udostępniono dokumentację postępowania a Specyfikacja Cenowa Przystępującego została przekazana wykonawcy Niewojt w dniu 26 listopada 2018 r. to Izba uwzględniając odwołanie nie nakazała Zamawiającemu ponownego przekazania Odwołującemu tych dokumentów.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Po rozpoznaniu zgłoszonego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba uznała zgłoszony zarzut za podlegający oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 17.2 SIWZ sprecyzował, że niezwłocznie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy z Zamawiającym Wykonawca, którego ofertę wybrano zobowiązany jest, bez wezwania, przedłożyć Zamawiającemu Specyfikację Cenową zgodną w treści z Załącznikiem Nr 2 do Wzoru umowy. Wartość netto oraz cena brutto podane w Specyfikacji Cenowej muszą być tożsame z wartością netto oraz ceną brutto podanymi w Formularzu oferty. Urządzenia wyspecyfikowane w Specyfikacji Cenowej muszą odpowiadać wymogom określonym w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do Wzoru umowy.

Podkreślenia wymaga, że powyższa treść specyfikacji nie została przez wykonawców zaskarżona, a zatem należy uznać ją za skutecznie wiążącą wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W przytoczonej powyżej treści SIWZ Zamawiający jednoznacznie sprecyzował, że złożenie Zamawiającemu przez wykonawcę, którego ofertę wybrano Specyfikacji Cenowej ma nastąpić niezwłocznie z uwzględnieniem danego okresu czasowego, tj. po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy z Zamawiającym. W aspekcie powyższego nie sposób zarzucić Przystępującemu, że przesyłając Specyfikację Cenową Zamawiającemu w dniu 26 listopada 2018 r. uchybił treści pkt 17.2 SIWZ. Otóż przesłanie dokumentu nastąpiło w okresie pomiędzy wyborem oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę wykonawcy 4Visions a przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą. Wobec tego

Izba uznała za chybioną argumentację Odwołującego, który skoncentrował się jedynie na stwierdzeniu „niezwłocznie” pomijając pozostała treść punktu 17.2 SIWZ.

Podsumowując Izba stwierdziła, że zarzuty potwierdziły się w części, co zostało opisane powyżej i stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołania oraz nakazania Zamawiającemu w ramach Części 1: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy 4Visions oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert połączonego z czynnością wezwania Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej w ofercie ceny.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....